

## Flexibilidad interna y reforma laboral. Principales manifestaciones y efectos

FERNANDO CABEZAS LEFLER

*Maxistrado do Xulgado do Social n.º 3 de Pontevedra*

Resulta complicado no aproximarse a la reforma laboral operada por R.D. Ley 3/12 sin hacer alguna reflexión de tipo político o de orientación legislativa, con comentarios que van desde la timidez de la misma, que para algunos se ha quedado corta, a manifestar que constituye el mayor ataque a los derechos de los trabajadores y al escenario de relaciones laborales vigente en este país.

Mi intención es profundizar en aquellos aspectos que atañen más a la función de los profesionales en el marco de un conflicto a la hora de defenderlo y de los jueces para decirlo, sobre todo si nos enfrentamos ante las decisiones que más afectan a los trabajadores, como son la modificación de sus condiciones de trabajo o la extinción de sus contratos, siendo inevitable en cualquier caso, alguna consideración que excede de lo técnico para referirme a la función institucional que se nos ha venido reservando, todo ello, en un contexto muy definido como es la flexibilidad interna y externa. Por ello es oportuno tratar de definir estos conceptos tan en boga con ocasión de la reforma, remitiéndome para ello, no a estudios especializados, sino al contenido de diferentes pronunciamientos judiciales, citando a tal efecto la sentencia del T.S. de 16 de mayo de 2011 que afirma que la razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo («flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla») que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo («flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad reconocidas en el artículo 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de reestructuración de la plantilla, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la esa libertad y el derecho al trabajo de los trabajadores despedidos reconocido en el artículo 35 del propio texto constitucional.

Así, el criterio legal para valorar la justificación de las modificaciones sustanciales *no coincidía* con el establecido para las extinciones de contrato de carácter colectivo o individual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, teniendo un alcance más amplio y flexible, lo que guarda relación con el diferente efecto de la decisión empresarial, de tal manera que en el caso de las causas económicas, la justificación de la medida

no se vincula a la superación de situaciones económicas negativas de la empresa, de ahí que no sea necesario que la empresa tenga pérdidas, por lo que puede acordarse aunque el balance económico sea positivo o no exista peligro alguno sobre su futura viabilidad y si las causas son técnicas, organizativas o de producción no es necesario que la empresa atravesase por una situación organizativa o productiva problemática, sino que basta con que la medida en cuestión sea razonable desde la perspectiva de una buena gestión empresarial, partiendo de la base, como presunción derivada de la lógica y de la experiencia, de que el empresario actúa siempre en defensa e interés de la mercantil que gestiona, *articulando* el legislador esta facultad como un instrumento destinado a conseguir una mayor adecuación de la empresa a las necesidades del mercado, permitiendo una mejor optimización de sus recursos productivos, para dar respuesta a las exigencias necesarias para mantener o aumentar los niveles de competitividad y rentabilidad empresariales, por lo que es suficiente con que la medida redunde en una mayor eficiencia y más adecuado rendimiento de la organización empresarial.

Los artículos 51 y 52.c del propio E. T. para el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa *establecían*, una referencia mucho más explícita y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las respectivas decisiones empresariales de despedir contribuyan a objetivos más exigentes; a saber, bien a «superar una situación económica negativa de la empresa» (artículo 51, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos colectivos), bien a «garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma» (artículo 51, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos colectivos), bien a la «superación de situaciones económicas negativas» (artículo 52.c, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos objetivos por necesidades de la empresa), bien a «superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa» (artículo 52.c, para las causas técnicas, organizativas y de producción de los despidos objetivos por necesidades de la empresa). La redacción sucesiva de estos preceptos y la homologación de los presupuestos para adoptar cualquiera de estas decisiones nos permite mantener que la anterior doctrina ha sido superada por el legislador, con lo que ello supone de auténtica transformación del modelo empresarial y también de relaciones entre los sujetos del contrato, existente hasta ahora. Además y en lo que aquí me interesa subrayar, esta opción, entiendo que absolutamente reflexiva y elaborada, parece haber acogido las quejas de algunos sectores que venían atribuyendo a los Jueces de lo Social cierta responsabilidad en la situación empresarial, al mantener que esa rigidez del mercado tiene también su explicación en el gran número de sentencias estimatorias de las pretensiones de despido, no dejando de subyacer en este planteamiento una desconfianza hacia los tribunales de este orden. Es conveniente recordar que la sentencia del T. C. 3/83 y la posterior 125/95 afirman que la desigualdad originaria entre trabajador y empresario tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, lo que se traduce en esa finalidad tuitiva o protectora que se atribuye al proceso laboral de esa parte más débil, principio que a la hora de controlar las decisiones del empresario encontrará más obstáculos si la norma contempla una mayor discrecionalidad, entendida como facultad de tomar decisiones no regladas o vinculadas a una causa especificada y no digamos si esa causa viene concretada en algo tan relativo en el mundo empresarial como es la competitividad. En la «Exposición de motivos» de la Ley puede

leerse lo siguiente: «los despidos objetivos por las mismas causas han venido caracterizándose por una ambivalente doctrina judicial y jurisprudencia, en la que ha primado muchas veces una concepción meramente defensiva de estos despidos, como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos, soslayando otras funciones que está destinado a cumplir este despido como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas. Lo que seguramente explica que las empresas se decantaran a menudo por el reconocimiento de la improcedencia del despido, evitando un proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza en cuanto a las posibilidades de conseguir la procedencia del despido», para añadir más adelante a la hora de explicar la nueva regulación, que las anteriores referencias a la finalidad del despido, «incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizaran, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas». No es momento de valorar detenidamente la oportunidad y corrección de estas apreciaciones, pero si al menos para dejar constancia de esas reflexiones y de la ausencia de un análisis más profundo del porqué de esa realidad, primero para poner de manifiesto que son muchos los pronunciamientos que se manejan en las sentencias de instancia a la hora de limitar las facultades juzgadores exclusivamente a la prueba de las causas y de la razonabilidad de la medida, afirmándose que el control de la existencia y proporcionalidad de la causa corresponde al órgano judicial en términos que no le autorizan a sustituir al empresario en la adopción de las medidas efectuada con el fin de eliminar los factores desequilibrantes de la empresa, señalándose en cuanto a los despidos, «que no corresponde a los tribunales de justicia el tratar de hallar otras soluciones organizativas más adecuadas, sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario, limitándose a enjuiciar la decisión desde estos parámetros de razonabilidad».

Y en segundo lugar, para señalar que esa «peligrosa» estadística puede obedecer a una defectuosa gestión por las empresas, primero a la hora de recurrir a las formas de contratación, casi siempre incorrectas cuando se trata de justificar una temporalidad que no existe y sobre todo cuando se procede a la extinción de los contratos, pudiendo afirmar, como refleja la práctica judicial, que «en España se despide mal» pues en la mayoría de las ocasiones y aún existiendo las razones que justificarían una decisión extintiva por causas objetivas, se incumplen de manera evidente los requisitos formales, que exigen una adecuada expresión de las causas en la comunicación y la entrega de la indemnización legal o en otras ocasiones, sencillamente no acuden al acto del juicio o lo hacen sin los instrumentos probatorios oportunos, revelando igualmente la experiencia que este tipo de medidas normalmente se toman tarde.

Además y paradójicamente, tal desconfianza expresamente declarada y la limitación de las facultades del juez, se compadece mal con las nuevas atribuciones que en materia de despido disciplinario se otorgan a los jueces en materia de calificación, cuando la ley procesal permite sugerir al empresario, la imposición de una sanción de menor entidad al trabajador, como antes ya ocurría en el proceso de impugnación de este tipo de decisiones, sustituyéndole en una de sus facultades básicas, como es la sancionatoria.

Ahora, con la nueva regulación parece haberse roto el equilibrio antes enunciado al dar prevalencia en ambos casos al artículo 38 de la Constitución en una concepción pu-

ramente patrimonialista de la empresa y la diferenciación apuntada a la hora de recurrir a una medida de modificación o extinción carece de sentido, desde el momento en que se autoriza a la empresa la amortización de puestos de trabajo cuando exista una disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas, que concurre en todo caso, si se produce durante tres trimestres consecutivos y se pueden variar las condiciones de trabajo con una simple y abstracta referencia a la competitividad, concepto jurídico indeterminado que necesariamente dificulta, por su abstracción, el control judicial, limitado en ambos casos a la prueba de la concurrencia de esas causas, lo que dificulta enormemente la valoración de la oportunidad de estas decisiones, no faltando autores que hablan de una pérdida de interés de los trabajadores a la hora de ejercitar acciones para cuestionarlas, lo que sin duda tiene su importancia en caso de que se ponga en valor la vulneración de algún derecho fundamental, único espacio en que ese control todavía es posible. Ello obligará también a los profesionales a un esfuerzo creativo o de imaginación para enjuiciar la decisión desde otros parámetros como la buena fe y otros principios generales, incluso para introducir factores que puedan obstaculizar la actuación de la empresa individualmente considerada, como es solicitar la condena de la persona física o buscar un grupo fraudulento de empresas, lo que a buen seguro, complicará el aspecto fáctico y jurídico de los pleitos.

Un ejemplo de esta complicación interpretativa lo encontramos en una cuestión en la que se viene insistiendo por el gobierno y otros sectores, a la hora de manifestar que la intención de la reforma es evitar el despido, ofreciendo a las empresas esos otros instrumentos menos traumáticos para el trabajador, cuando según reiterados pronunciamientos, no es exigible en modo alguno que haya de buscarse una solución de movilidad funcional o geográfica o de modificación del contrato, antes de llevar a cabo el despido, tesis que ha sido rechazada expresamente por la jurisprudencia. Por ello, se echa en falta una norma imperativa, al margen de lo que pueda disponer el convenio, que así lo establezca, apuntando los más optimistas que en la «Exposición de motivos» del R. D. Ley, incluso en la menor exigencia de pérdidas consecutivas para el descuelgue salarial, podemos encontrar una voluntad del legislador en este sentido, criterios de interpretación que bien intencionados, no alcanzan la entidad suficiente para obligar a las empresas a utilizar previamente estos mecanismos. Solo la experiencia futura nos dirá si esa aspiración se queda solo en buenos deseos o los empleadores asumen con responsabilidad este nuevo escenario que la norma les ofrece para ejercitar esas facultades o recurren al despido para eliminar los costes salariales de una forma mucho más sencilla. De momento y por estas razones, adquieren especial protagonismo las recientes palabras de la Ministra de Empleo Fátima Bañez, que en el contexto de un Expediente de Regulación de Empleo de una gran empresa como es Iberia reclamó a la empresa «sensibilidad y flexibilidad» a la hora de aplicar la reforma laboral para evitar despido. Son muchos los calificativos que se me ocurren para calificar esta intervención, pero me limitaré a considerarla como un mal chiste; primero, porque flexibilidad, aún más, es lo que se ha incrementado con la reforma y en segundo lugar, porque las normas se aplican, simplemente y esa es su función institucional y pedir sensibilidad a quien utiliza los instrumentos ofrecidos por el legislador, en este caso el gobierno, raya un paternalismo mal entendido. Si esa era su voluntad, debió arbitrar los mecanismos jurídicos para que la extinción contractual fuera efectivamente, la última decisión. Poco espacio pues de maniobra queda a los sindicatos para una negociación con una mayor cobertura normativa para la empresa y menos a los Juzgados y Tribunales para resolver un conflicto que nace ya prácticamente resuelto.

Con todo, esa aspiración de favorecer la contratación en una situación de crisis, loable y obligada, con estas medidas que no invitan mucho al optimismo, no es lo peor: mayor preocupación transmite el que el gobierno, utilizando esta excepcional vía legislativa, haya optado por un modelo claro y definido que ha tratado de imponer, por lo que el problema es leer lo que no está escrito o en otras palabras, aventurar a donde nos lleva la nueva elaboración del sistema colectivo e individual de relaciones laborales, encontrando nuevamente la respuesta muy pronto y además en un doble sentido, primero para constatar si este temor efectivamente se cumple, con el permiso del T. C. y en segundo lugar, si desaparecida la crisis, se retoma el modelo anterior más equilibrado y que no olvidemos, sirvió para que este país, generara riqueza y empleo durante muchos años.

Vamos a exponer a continuación y tras 9 meses de vigencia de la reforma, las diferentes manifestaciones de ese poder de dirección y su configuración actual, comenzando por señalar que los avances en esta potenciación de los instrumentos de flexibilidad interna que se contenían en las reformas de los años 2010 y 2011 contaban con un protagonismo de la intervención estatal importante, que varió sustancialmente con la firma del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para 2012, 2013 y 2014 que procedió a diseñar un conjunto de formulas específicas de adaptación de las condiciones de trabajo con el compromiso de introducir e impulsar la negociación de determinadas materias, en particular tiempo de trabajo, funciones y salarios, en los convenios colectivos de ámbito inferior, asumiendo la autonomía colectiva la gestión de la flexibilidad interna. Sin embargo, nada más lejos de la opción del legislador asumida poco después con la reforma del artículo 41, dirigida a posibilitar aun más su utilización por la vía del reforzamiento de los poderes decisión unilateral del empresario, con una declaración de intenciones contenida en la «Exposición de motivos» consistente en destacar estas medidas dirigidas a «favorecer la flexibilidad interna de las empresas como alternativa a la destrucción de empleo» algo que el Presidente del Gobierno subrayó casi literalmente en una reciente entrevista y que la realidad se encarga de desmentir, tratándose de un objetivo imposible cuando esa destrucción se ve facilitada y abaratada por el propio legislador. Estas afirmaciones cuentan con cierto reflejo estadístico, el primero extraído del volumen de asuntos de entrada en los Juzgados de lo Social, sirviendo a título de ejemplo los repartidos en Pontevedra, en los que se pasó de seis procedimientos en el semestre anterior a la reforma, al doble en el mismo periodo posterior. También los sindicatos han «contra atacado» con la presentación estos días de diferentes informes, donde ponen de manifiesto el aumento de los despidos en lugar del recurso por la empresa a esas otras medidas alternativas. En particular, U. G. T. señala que el número de trabajadores que se han dado de baja voluntariamente en su puesto de trabajo al no poder afrontar cambios en sus condiciones laborales ha venido incrementándose en términos interanuales desde el pasado mes de febrero, cuando se puso en marcha la reforma laboral, que pretendía reducir los despidos a cambio de una mayor flexibilidad en las empresas, apuntando, con los datos de altas de beneficiarios de prestaciones contributivas, que aportan la causa por la que se reclama este derecho, que entre febrero y julio de este año se registraron 5.537 resoluciones voluntarias, un 180,7 % más que un año antes, de las que 1.706 estaban relacionadas con cambios de lugar de trabajo y 2.829 a modificaciones en la condiciones de trabajo; concretamente, las bajas voluntarias por no poder asumir un cambio de residencia se incrementaron a lo largo de los meses, en especial en julio, cuando repuntaron en un 150,3 % respecto al mismo mes de 2011. Asimismo, las bajas voluntarias por cambios en las condiciones laborales no han

dejado de crecer en estos meses, con especial incidencia en mayo (127,7 %) y julio (183,9 %), afirmando el secretario de Acción Sindical del citado sindicato que este efecto, contrario al perseguido por la reforma laboral, se debe a que «nada» de lo que sindicatos y empresarios pactaron en enero en el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva se ha recogido en la reforma laboral, «en tanto que se han olvidado de que la flexibilidad interna debía ser negociada», precisando por otro lado que los expedientes de regulación de empleo han aumentado un 88 % desde la entrada en vigor de la reforma laboral respecto al mismo periodo de 2011. No obstante, añade, han aumentado un 58,2 % el número de trabajadores afectados por procesos de suspensión y un 38,2 % los que han visto su jornada reducida, mientras que los despidos han aumentado menos, un 15,2 %.

Para exponer las modificaciones que en mayor o menor intensidad ha introducido la reforma, es conveniente una primera alusión en todos los casos, a los conceptos ya elaborados y su regulación anterior, tratando de reflejar esas novedades y en cierto modo, intentando anticipar comportamientos de la empresa al actuar esos instrumentos y con ello, algún problema que pueda suscitarse.

### **Clasificación profesional y movilidad funcional**

En esta materia la modificación es importantísima, simplificando enormemente el sistema anterior al suprimir la categoría profesional, quedando limitada la clasificación a los grupos profesionales, ampliando con ello de forma significativa la movilidad funcional. La redacción actual del artículo 39 del E. T. dice así:

1. La movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador. 2. La movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional sólo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores.

En el caso de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por un período superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción social. Mediante la negociación colectiva se podrán establecer períodos distintos de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de vacantes.

Se suprime el concepto de categoría profesional equivalente y desaparecen los niveles como criterio de clasificación, ampliándose la polivalencia funcional, cambiándose además el criterio de la prevalencia por el temporal, atendiendo a las funciones que se desempeñen por más tiempo, lo que puede originar problemas cuando estas se correspondan con las del grupo inferior.

Las dificultades pueden surgir a la hora de identificar el grupo profesional, pues podrá incluir las tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades al trabajador, expresión que remite pues a una facultad como criterio de asignación inicial, lo que se compeadece mal con la asignación que se dispone en el apartado 4 de establecer como contenido de la prestación laboral la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional o solamente alguna de ellas. En cualquier caso es deseable que estos criterios aparezcan expresados de forma clara para evitar los frecuentes conflictos que se suscitan a la hora de interpretar los artículos o anexos de los convenios, redactados generalmente en forma excesivamente genérica o ambigua. La D.A. 9ª otorga un plazo hasta el 12 de febrero de 2013 a los negociadores del convenio para que los actuales textos se adapten al nuevo sistema, añadiendo que las especialidades deberían de guardar alguna relación con la Clasificación Nacional de Ocupaciones aprobada por R.D. 1591/2010, primero para facilitar esa labor y en segundo lugar para dotar de sentido práctico a la nueva regulación que para el contrato para la formación se contiene en el artículo 11 del E. T.

Una aportación que merece una especial atención es la que hace Carlos Hugo Preciado, Magistrado del T.S.J. de Cataluña en un interesante y detallado trabajo recientemente publicado y es la necesidad de atender de forma adecuada a las exigencias formativas de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, pues el aumento de la movilidad funcional amplia de forma considerable el abanico de puesto de trabajo a desempeñar, lo que exige esa actividad formativa e informativa del puesto, cuyo incumplimiento muchas veces es el origen de accidentes de trabajo, con lo que ello supone para la salud e integridad de los trabajadores y derivado de ello para el patrimonio de la empresa, que tendrá que hacer frente a posibles indemnizaciones y sanciones administrativas.

Como consecuencia de esa eliminación de las categorías, la movilidad funcional o mejor dicho, el *ius variandi* del empleador se amplía de diferentes formas, pues dentro del grupo se permite una mayor operatividad del empresario para acomodar el trabajo a sus necesidades, lo que en principio, no tendría que suponer perjuicio alguno a los trabajadores, siempre y cuando esa facultad se ejerza conforme a criterios de prudencia y las reglas básicas de la buena fe que informan la relación laboral, en los términos del artículo 20 del E. T. Los únicos límites a esta decisión que comprende una alteración en las funciones asignadas, son actualmente la titulación académica o profesional para ejercer la prestación laboral y la dignidad del trabajador, quedando limitada la movilidad funcional a los cambios de grupo profesional, destacando que desaparecen para los supuestos de encomienda de funciones inferiores las razones de perentoriedad e imprevisibilidad que antes exigía el artículo 39 del E. T. de manera que ahora, en ambos casos basta con la presencia de razones técnicas y organizativas, lo que a buen seguro, puede provocar un conflicto con la dignidad personal y profesional del trabajador que se vea obligado a realizar esas tareas mientras se mantengan esas circunstancias.

Siguen por otro lado, operando las anteriores garantías para el trabajador ante estas decisiones:

- Límite para el ejercicio de funciones superiores de 6 meses en un año u 8 meses en dos años, pudiendo reclamar el trabajador de forma acumulada el ascenso, la cobertura de vacante y en cualquier caso, la diferencia salarial.
- Se mantiene la retribución de origen para el caso de funciones inferiores
- No cabe invocar ineptitud sobrevenida o falta de adaptación para extinguir el contrato por causas objetivas en caso de asignación de funciones distintas. Hay que re-

ferirse finalmente, en el plano procesal, a la posibilidad de acumular esta pretensión con la de reclamación de diferencias salariales correspondientes, algo que se venía articulando como un proceso de derecho y cantidad y añadir que lo novedoso del artículo 137 de la L. R. J. S. es el acceso al recurso de suplicación cuando las mismas alcancen la cuantía requerida para el recurso de suplicación. Esta admisión supone una corrección a los pronunciamientos reiterados del T. S. lo que no deja de ser contradictorio con las medidas de agilización de la justicia, que pasan precisamente por limitar la revisión de las sentencias por las instancias superiores.

### Movilidad geográfica

Respecto a la movilidad geográfica debe de recordarse que el artículo 40 del E. T. diferencia entre el traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia y los desplazamientos temporales regulados en su apartado 4. A diferencia de la regulación civil, en la que el lugar de la ejecución del contrato tiene, normalmente, carácter accesorio, en el contrato de trabajo la naturaleza de su objeto como prestación personalísima de la propia actividad, hace que la localización del trabajo alcance un especial relieve, pues una vez concertado el lugar de la prestación es en su entorno en donde el trabajador organiza su vida y de ahí que el legislador, en el intento de armonizar los intereses de ambas partes, establezca una modulación de los poderes del empresario con mayores mecanismos de control y compensación cuanto mayor sea la repercusión en el estatuto jurídico del trabajador de las variaciones que se pretendan introducir en su contrato; y, en este sentido, ha de tenerse en cuenta que los cambios de centro de trabajo a otro que no implique un cambio de residencia no se contemplan en el artículo 40 del E. T. ni antes ni después de su actual reforma, por lo que han de entenderse comprendidos los mismos dentro de las facultades organizativas del empresario, recogidas en sus artículos 5 c y 20.2, y como supuestos de movilidad funcional o geográfica en sentido amplio o no sustancial, sin menoscabo, no obstante, del derecho de trabajador, a ser indemnizado en los perjuicios que tal decisión empresarial le ocasione, por razón de la mayor distancia y gastos de transporte que la misma genere. Precisamente, la dificultad de diferenciar entre la movilidad sustancial y el *ius variandi* tienen también como consecuencia la aplicación de las garantías de forma y otras cautelas que contempla en citado precepto, regulándose en algunos textos las distancias para entender cuando estamos ante un simple desplazamiento.

Por otro lado, el establecer cuando el traslado exige cambio de residencia no es una cuestión sencilla en muchos supuestos, debiendo de partir de que el precepto mencionado no impone que sea la empresa la que exija cambio de residencia del trabajador ni de que este efectivamente lo haga, sino que tal cambio venga impuesto o exigido por el hecho del traslado del centro de trabajo, es decir porque materialmente sea imposible o notablemente gravoso mantener la anterior residencia y desplazarse desde la misma a la localidad donde radique el nuevo centro de trabajo, produciéndose en estos casos una sustancial modificación de las condiciones en que venía prestando sus servicios y que, de hecho, le exige el cambio de residencia aunque ésta no se hubiera formalmente modificado. Por su parte, el T. S. J. de Madrid, en sentencia entre otras de 13 de julio de 2000, tiene declarado que para apreciar la existen-

cia de una modificación sustancial de las condiciones laborales, por movilidad geográfica, lo que debe presidir como criterio de aplicación es la suma de factores que intervienen en el caso concreto que se analiza, de forma que si el desplazamiento es altamente gravoso se estará en presencia de un traslado que justificaría el cambio de residencia. Por el contrario, si es de acceso fácil el destino del centro de trabajo y dificultosa la posibilidad de consecución de vivienda idónea próxima al centro de trabajo habrá que concluir que la medida adecuada no es pronunciarse en favor del cambio de residencia, concluyendo que en suma son los principios de racionalidad, proporcionalidad, justificación y permanencia o reversibilidad del cambio de ubicación del centro de trabajo los que en cada caso han dado lugar a precedentes judiciales resueltos por los Tribunales Superiores de Justicia. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del T. S. J. de Castilla y León — Valladolid— de 19 de abril de 2004, expresando que cuales sean los requisitos necesarios para entender que el cambio de centro de trabajo deja de ser un supuesto de modificación simple y pasa a serlo de variación sustancial de las condiciones, sin duda ha de resolverse atendiendo a las circunstancias del caso concreto, citando la sentencia del T.S. de 16 de abril de 2003 en la que se afirma que la regla general que se deriva del artículo 40 del E. T. es que, salvo que el convenio disponga otra cosa, el traslado a centro de trabajo sito en población distinta de aquella en la que se prestan los servicios, implica en sí misma un cambio de residencia, que por ello, constituye un supuesto de movilidad geográfica incardinable en el artículo 40 del E. T. y su impugnación tramitarse por la modalidad específica regulada en el artículo 138 de la L.P.L. matizando a continuación que dicha regla no puede aplicarse de un modo automático y objetivo, de forma que obligue a considerar que todo traslado a población distinta implica un cambio de residencia, sino racionalmente y atendidas las circunstancias concretas de cada caso.

Las novedades que se han introducido, en línea con la ampliación de facultades en otro tipo de decisiones, consisten en la justificación de la medida mediante una relación con la *competitividad* como elemento o criterio decisor, identificando las razones técnicas, organizativas o de producción como aquellas que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial, permitiendo sobre todo este apartado último, esos traslados con total facilidad y bastando por ejemplo, una contratación fuera de la provincia, para obligar al trabajador al traslado. A falta de acuerdo, el empleador adoptará la medida que estime oportuna. Subsisten algunas garantías de la anterior regulación como son las siguientes:

- El preaviso de 30 días de antelación a la fecha de efectividad al trabajador y sus representantes legales.
- El derecho de opción del trabajador a aceptar el traslado, con la compensación de gastos o la extinción indemnizada de 20 días por año.
- Compensación de los gastos propios y de familiares derivados del desplazamiento temporal
- Nulidad de la movilidad geográfica colectiva en fraude de ley.

Por último, se permite la posibilidad de establecer mediante convenio colectivo o acuerdo en periodo de consultas, prioridades de permanencia a favor de trabajadores, además de los representantes legales que contempla la ley, por motivos de cargas familiares, edad o discapacidad.

Precisamente en esta materia de traslados colectivos, la novedad más importante es la supresión de todo control por parte de la autoridad laboral y la actuación de dos potestades importantes de cara a los derechos de los trabajadores afectados, como son el ampliar el plazo de incorporación de 30 días y paralizar la efectividad del traslado hasta seis meses cuando sus consecuencias económicas o sociales así lo justifiquen. Solo se le comunica la apertura del periodo de consultas y las posiciones de las partes, eliminando el precepto esa intervención, lo que trasladaría a los trabajadores, caso de impugnar la decisión por la doble vía individual o por la vía de conflicto colectivo, la obligación de solicitar esos efectos al tribunal, articulando la correspondiente petición de medida cautelar de acuerdo con lo establecido en el artículo 79 de la L. R. J. S. que se remite a lo establecido en los artículos 721 y ss del texto procesal civil.

### **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo**

Conviene recordar que hasta hace bien poco, a efectos procesales y sustantivos estábamos ante una modificación de este tipo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 del E. T. (sentencia del T. S. J. de Navarra de 25 de marzo de 2003) permitiendo el artículo citado al empleador la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la materias enumeradas cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, debiendo entenderse que concurren estas causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, entendiéndose que no se trata de una facultad omnímoda, ilimitada y discrecional, que pueda ser adoptada por el empresario en cualquier momento y circunstancia, sino de un poder excepcional, únicamente ejercitable cuando su adopción pueda contribuir, real y efectivamente, a mejorar la competitividad de la empresa. Por otro lado, se considera que hay que acudir a una interpretación racional de dicha expresión y entender por tal aquella que no es baladí y que implica para los trabajadores una mayor onerosidad de las prestaciones con un perjuicio comprobable, entendiéndolo así el extinto Tribunal Central de Trabajo y manteniendo la Sala 4ª, con posterioridad a la promulgación de la Ley 11/1994 que modificó la redacción del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, los criterios anteriores; así la Sentencia de 3 de abril de 1995, declaraba la necesidad de que las modificaciones, para ser sustanciales, habían de producir perjuicios al trabajador, la de 11 de noviembre de 1997 recordaba que por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista *ad exemplum* del artículo 41.2, pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial. En definitiva, para diferenciar entre sustancial y accidental es necesario tener en cuenta el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados, criterios que deberán de examinarse con atención, sobre todo en materias como las del horario que venían siendo los conflictos más frecuentes.

Para la viabilidad de la medida de modificación sustancial se exige que concurra una doble circunstancia: una causa legal —que debe ser probada por el empleador— y la conexión de esta causa con la medida adoptada de cambio en orden a la finalidad requerida por el legislador, añadiéndose que el control de la existencia, razonabilidad y proporcionalidad de la causa corresponde al órgano judicial en términos que no le autorizan a sustituir al empresario en la adopción de las medidas que adopte con el fin de eliminar los factores desequilibrantes de la empresa, en la que podemos diferenciar cuatro esferas en las que pueden incidir dichas causas: resultados de explotación (causas económicas); medios o instrumentos de producción (causas técnicas); sistemas y métodos de trabajo del personal (causas organizativas); productos o servicios que la empresa quiere colocar en el mercado (causas productivas), concurriendo dichas causas, según el artículo 41 en su anterior redacción, cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Conviene hacer alguna matización respecto a la expresión «contribuya» que recoge el precepto que venimos comentando, viniendo a significar que la medida ayude o favorezca a mejorar la situación de la empresa, sin que sea preciso que sea suficiente e ineludible, por sí sola, para mejorar dicha situación.

Como ya anticipamos, esta doctrina centrada en la constatación de las diferencias existentes entre una medida modificativa y extintiva, ha sido en cierto modo superada por el legislador en el doble plano apuntado:

- a) procesalmente, con la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pues era relativamente frecuente que ante una comunicación verbal o escrita en la que se limita a la imposición de un nuevo régimen de trabajo y una vez formulada demanda por el trabajador sobre esta materia, la empresa articulara la excepción de caducidad de los 20 días, saliendo la doctrina al paso de esta posibilidad por entender que estaríamos ante una pretensión distinta, sometida al plazo general de un año. Con la redacción actual, la situación cambia, al expresar el artículo 138 que el proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40 y 41 del E. T. Tal disposición, facilitando ese aspecto procesal, deja sin embargo abiertos demasiados interrogantes, como por ejemplo, ¿qué ocurre en estos casos de notificación verbal de la decisión de modificación?, ¿qué calificativo se da en la sentencia a la misma para el caso de que las razones no consten y no puedan entenderse como justificadas o injustificadas? con los problemas además de indefensión que esta situación puede generar al trabajador. Ahora permite la norma la posibilidad de recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo que versará «sobre los hechos invocados como justificativos de la decisión empresarial en relación con la modificación acordada y demás circunstancias concurrentes», lo que tendría sentido cuando efectivamente estemos ante una modificación de las reguladas en los artículos 40 y 41 del E. T. en las que en la comunicación se expresen las causas de la decisión empresarial. En el tema de recurso, puede apreciarse una sucesiva apertura de la sentencia a la suplicación, pues en un principio frente a la modificación sustancial de las condiciones del contrato pueden interponerse dos tipos de acciones: impugnación por los cauces establecidos para el conflicto colectivo, interpuesta por quienes están legitimados

para ello y la acción individual o plural, por los afectados por la medida, procediendo en el primer caso el recurso de suplicación, pero no cuando la acción se deduce por el cauce de reclamación individual, previsto en el artículo 138, imposibilidad de recurso que no se veía afectada por la excepción establecida en el artículo 189.*b* de la Ley procesal, referida a los supuestos de falta de cuantía de la pretensión deducida, cuando afecte a todos o gran número de trabajadores o beneficiarios de la seguridad Social, como de forma rotunda señaló el T. S. en sentencia de 24 de abril de 2007. Con ocasión de la reforma introducida por la ley 13/2009 ya se contempla esta misma excepción de afectación general y ahora se consigna expresamente que cabe la suplicación en los supuestos de movilidad geográfica colectiva del artículo 40.2 del E. T. y modificación sustancial de las condiciones del mismo carácter del apartado 2 del artículo 41 del mismo texto, sustituyéndose esa primera posibilidad de afectación general, por la naturaleza colectiva de la decisión, conceptos que no siempre tienen porqué coincidir. De esta manera, parece que una reclamación individual deja de tener acceso al recurso si está presente esta generalidad, permitiéndolo solo cuando se superen los umbrales numéricos previstos en los preceptos citados, facilitándose el acceso al recurso cuando fuera posible acumular a estos procesos otra acción susceptible de recurso de suplicación, lo que nos remite al ejercicio acumulado de una pretensión de cantidad.

b) en el plano material, mediante la atribución al empresario de un mayor poder directivo y de decisión en esta materia, que se refleja en las siguientes manifestaciones:

- Se amplía el ámbito de la justificación, que, como en el caso anterior, pasa del objetivo antes expresado, a una mera relación con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo, difuminando excesivamente la causalidad y basando una simple conexión con los distintos ámbitos de la empresa, señalando no obstante que a tenor de la doctrina antes citada, la novedad no deja de ser relativa. Así el T. S. en sentencia reciente de 16 de mayo de 2011, con cita de otras anteriores, afirma que la interpretación literal del precepto reproducido, inclina a pensar que no es la «crisis» empresarial sino la «mejora» de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas. Lo que ocurre es que ahora, con la nueva regulación parece haberse roto ese equilibrio entre los preceptos constitucionales citados al inicio de esta exposición, el 38 y el 35, al dar prevalencia en los diferentes supuestos de extinción y modificación, al primero. Ello implica, en palabras de RODRÍGUEZ PIÑEIRO<sup>1</sup>, la revisión de la doctrina jurisprudencial sobre la necesaria proporcionalidad entre la medida adoptada y el objetivo alcanzado, pues ahora esa exigencia es más liviana y genérica y concede menor espacio al control judicial externo al ser más fáciles de fundamentar razones económicas o de producción que puedan justi-

1. «Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto Ley 3/2012». *Diario La Ley*, n.º 7833.

ficar el ejercicio por el empleador de unos poderes que jurídicamente siguen siendo causales y extraordinarios.

No obstante, a pesar de que esa nueva configuración y la ruptura de la conexión entre la modificación y la finalidad perseguida invita a pensar que se otorga al empresario un poder prácticamente omnímodo, sin otros límites que la buena fe, el abuso del derecho, el fraude a ley y los derechos fundamentales, se trataría de una conclusión, sino precipitada, al menos poco respetuosa con la nota de excepcionalidad que se atribuye a esta modificación del contrato, como excepción al principio general *pacta sunt servanda* y sobre todo con la necesaria presencia de una causalidad en la decisión del empresario, entrando en contradicción además esa interpretación, interesada o no, con lo dispuesto en el artículo 1256 del C. C. es decir, las causas tienen que existir y ser situaciones reales y objetivas. Además de la existencia de este presupuesto para la aplicación de la norma, esa exigencia de causalidad también afectará a las concretas modificaciones que sean consecuencia de esa apreciación por el empleador, lo que remite al tradicional «juicio de razonabilidad sobre la adecuación de las medidas propuestas a las causas que las provocan», esto es, esa conexión de funcionalidad o instrumentalidad a la que aluden multitud de pronunciamientos. Eso sí, de la misma manera que en los despidos objetivos, la valoración que corresponde hacer a propósito de la medida no es una valoración de prueba, en cuanto que no se refiere a hechos pasados, ni es tampoco un dictamen sobre si la medida económica adoptada por la empresa es la más adecuada de todas las posibles, labor que no corresponde propiamente a un órgano jurisdiccional, concluyéndose que el control judicial previsto en la ley se ha de limitar en este punto a comprobar si son razonables en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajusta o no al estándar de conducta del buen comerciante. Ello supone de un lado, la identificación precisa de dichos factores, y de otro, la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador, debiendo darse una necesaria correlación entre la modificación y la finalidad esencial de conseguir una mejora económica de la empresa, una conexión de funcionalidad o instrumentalidad, añadiendo que sobre este extremo, la Ley no exige que tenga que demostrarse de forma plena e indubitada que la decisión lleve consigo necesariamente la consecuencia pretendida, que, por su propia naturaleza es, como ya expusimos, un hecho de futuro imprevisible. Finalmente esas características exigirían que todas las medidas posibles a introducir, sean utilizadas aquellas que razonablemente se presenten como las más idóneas para conseguir los objetivos pretendidos, con el menor gravamen para los sujetos que las padecen, compaginando eficacia y menor sacrificio para lograr que la empresa resulte competitiva.

- Se permite modificar la cuantía salarial por una doble vía, a través de este artículo 41 cuando el salario esté reconocido en contrato de trabajo, acuerdos o pactos colectivos o por decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, o bien por el procedimiento de descuelgue del artículo 82.3 del mismo texto cuando la retribución venga fijada en convenio colectivo, sea de sector o de empresa. De nuevo, cabe preguntarnos si realmente estamos o no ante una novedad significativa, manteniendo la Sala 4ª del T. S. que con independencia de que el texto legal, al utilizar la expresión «entre otras» no establece una lista cerrada de modificaciones sustanciales, lo cierto es que la medida aquí discutida afecta al sistema de remuneración, que es más

amplio que el de salario del artículo 26 del E. T. concluyendo que la remuneración comprende también las indemnizaciones y suplidos por los gastos realizados por su actividad laboral, afirmando Rafael López, Magistrado del T. S. J. de Castilla y León que con esta nueva regulación se produce la paradoja, en el contexto de esa ampliación de facultades del empresario, de que anteriormente podría modificarse toda prestación económica del empleador y que ahora al precisar que se podrá modificar la cuantía salarial, parece dejar fuera a sensu contrario, la posibilidad de modificar los conceptos extrasalariales. Algún autor, como JAIME CABEZA tras señalar que el carácter abierto del listado hace un tanto superflua tal inclusión expresa, en particular cuando los importes salariales no tienen su fuente en un convenio estatutario, apunta que seguramente, la intención del legislador haya sido «convencer a los empresarios de esta posibilidad y así sortear cualquier duda al respecto». Más atrevidas son las palabras del profesor SANGUINETI, que sugiere que el sentido de esta inclusión en el precepto es «dar ideas en suma al empresario sobre la posibilidad de utilizar el artículo 41 como una vía para la minoración, sin más de los salarios»<sup>2</sup>. Esta redacción ofrecería en principio un contexto normativo favorable para que los empresarios se acogieran a dicho articulado para acometer decisiones de ese tipo, lo que al menos, en la práctica de los Juzgados de Pontevedra, no ha ocurrido, bien por acudir al mecanismo extintivo bien porque habiendo procedido a la rebaja salarial, los trabajadores la hayan aceptado como mal menos para mantener el empleo, lo que en buena medida dependerá de los agentes negociadores.

- Otra novedad es que los supuestos de modificación por cambio de funciones serán sin duda menores dada la configuración y extensión de la movilidad funcional antes citada.
- Desparecen de la consideración de modificaciones sustanciales colectivas las disfrutadas en virtud de acuerdo o pacto colectivo o decisión unilateral del empresario con estos efectos, que ahora se tramitan como modificación individual o colectiva si se superan o no los umbrales de trabajadores afectados en un periodo de 90 días. Ello supone un cambio en la tradicional clasificación de los tipos de modificación sustancial en atención al origen o fuente de la circunstancia de trabajo alterada, diferenciándose en *a)* individual, *b)* colectivas y *c)* las denominadas convencionales, sin que el número de trabajadores resultara determinante. Ahora y de forma similar al despido objetivo y movilidad geográfica, hay que estar a estos umbrales numéricos, integrándose las modificaciones convencionales en el marco de la eficacia de los convenios colectivos. Ello desvirtúa la fuerza y efectos de los acuerdos y pactos de empresa, que puede dejarse de cumplir para una parte de la plantilla simplemente notificándolo a los afectados, lo que amplía considerablemente el espacio de las modificaciones sustanciales de carácter individual pues se permiten modificaciones sustanciales de condiciones salariales y de trabajo con efectos plurales o colectivos «menores» cuando el número de afectados no llegue al nivel exigido para la apertura del período de consultas.
- Se reduce el plazo de preaviso de la decisión que pasa de 30 a 15 días anteriores a su efectividad y de 30 a 7 días desde la notificación.

---

2. La cita se contiene en sendos trabajos publicados en la *Revista de Derecho Social*, Editorial Bomarzo, n.º 57 y n.º 58, incorporando en el presente trabajo algunas de las reflexiones de los autores citados.

- Desde la perspectiva del trabajador y las opciones que el legislador le ofrece ante una decisión de este tipo, se amplían los supuestos de modificación sustancial que da lugar a la rescisión con indemnización de 20 días por año, añadiéndose a las ya contempladas de jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo y régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y cuantía salarial. Por otro lado, se añade a la causa de extinción indemnizada a instancia del trabajador prevista antes del menoscabo de su dignidad, cuando la modificación se lleva a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41, exigiéndose ahora ambos requisitos y se elimina como justa causa de extinción cuando supongan un perjuicio para su formación profesional, algo cuestionable desde el prisma del artículo 4.2.b del E. T. y artículos 35 y 40 de la Constitución, pues conforme al T. C. la formación profesional del artículo 40.2 de la C. está vinculada al derecho a la promoción profesional del artículo 35.2 del mismo texto. Es más, parece que el legislador opta por dar preferencia a la forma sobre el fondo, pues si el empresario ha seguido los trámites del artículo 41, la indemnización solo podrá ser la de 20 días, aunque exista una degradación de funciones u otros aspectos importantes; por el contrario, si no se ha seguido el procedimiento y la modificación es sustancial, podrá acudir a la vía del artículo 50. Además, esta disposición resulta contraria a la nueva regulación procesal antes expuesta, pues la modificación se tramita por el procedimiento especial, aunque no se hayan seguido los trámites del artículo 41, con derecho a indemnización de 20 días para el caso de desestimarse la demanda y declarar justificada la medida, mientras que la norma sustantiva establece el derecho a la extinción del contrato con la indemnización alta; ello a salvo de que entendamos de que si no se siguen esos pasos procedimentales, la modificación sea siempre improcedente. De este modo, mientras el espacio material de la opción prevista en el artículo 41.3 del E. T. se amplía, las posibilidades de acudir a la vía del artículo 50.1.a se restringen, pues el perjuicio para la formación deja de formar parte de la causa resolutoria y sobre todo porque el éxito de la pretensión exige además de que la modificación afecte negativamente a la dignidad del trabajador, que pueda ser considerada injustificada.

Otro aspecto interesante es el enjuiciamiento de los expedientes de regulación de empleo suspensivos por el cauce procesal de modificación de las condiciones de trabajo; así lo dispone el artículo 138 de la L. R. J. S. que establece que proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, hay que diferenciar entre la presencia de las causas, que admite su prueba y acreditación y su eficacia, que es un hecho futuro. Es más, a la dificultad de identificar cuando estamos ante problemas estructurales o coyunturales que justificarían el recurso a la extinción del contrato o a la reducción de jornada, debe señalarse que la experiencia pone de manifiesto que si la decisión es extintiva, a buen seguro la misma se combata apelando a la utilización de estos otros instrumentos menos traumáticos para el contrato. Como cuestión de fondo, mayores problemas interpretativos suscita el examen de la decisión que tenga como finalidad la reducción de la jornada y ello por la referencia directa que a esta cuestión se contienen en dos de los preceptos citados, como son la letra a) del artículo 41 y el artículo 47 que regula la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, que requiere de la

tramitación de un procedimiento, cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión, indicando que a estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. El mismo se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente, con apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días, dando el citado organismo traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabando informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del periodo de consultas. Dos son las posibles soluciones al expediente: que el periodo de consultas finalice con acuerdo, caso en el que se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo primero y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión y el supuesto contrario, en el que el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión y reducción de jornada. Aparte de la incidencia que la decisión pueda tener en materia de desempleo, la dificultad reside en precisar cuándo puede actuar la cobertura normativa de uno u otro precepto. Doctrinalmente, se viene manteniendo que el primero de ellos tendría su ámbito de aplicación cuando se trate de una medida definitiva o permanente, mientras que el artículo 47 estaría pensado cuando estemos ante la respuesta de la empresa a una situación temporal, distinción igualmente imprecisa y difícil de concretar, sobre todo porque depende en gran medida y en determinados sectores, como la limpieza, de la actuación de la empresa adjudicataria, pudiendo entender que habrá que acudir a este último precepto cuando la decisión quede comprendida en ese porcentaje del 10 y 70 % y a la modificación cuando es mayor o menor, lo que no tendría mucho sentido. La cuestión se complica aún más dada la redacción del artículo 12 del E. T. al faltar normalmente el consentimiento de los trabajadores afectados por la decisión de reducción de jornada, poniendo sobre la mesa un debate interesante y de enorme trascendencia que no deja de reflejar la aparente contradicción entre los artículos 41 y 47 del E. T. que permitirían esa reducción de jornada en determinadas condiciones y el primero de los preceptos citados, que establece en su letra e) que la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) apartado 1 artículo 41, por lo que en un principio, el único espacio para que operara la reducción de jornada sería el de un contrato que tuviera ya la naturaleza de parcial o dada la redacción y silencio de este artículo 12, acudir al mecanismo previsto en el artículo 47, lo que tampoco tendría mucho sentido pues tanto para acordar las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo como para reducir la jornada de trabajo se requiere que concurren «probadas razones» económicas, técnicas, organizativas o de producción o «causas» económicas, técnicas, organizativas o de producción, estando en definitiva en presencia de las mismas circunstancias. El T. S. en sentencia de fecha 7 de octubre de 2011 y sobre la base de una interpretación literal del precepto cuestionado y de la propia comunicación, niega que estemos en un caso de transformación del contrato, afirmando que la imposición unilateral de jornada reducida (con carácter individual o colectivo) e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan

la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos (contrato a tiempo parcial) únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador, de lo que se desprende que la transformación del contrato a tiempo completo en tiempo parcial necesita de la voluntad del trabajador para que se produzca la necesaria novación extintiva del vínculo previo para acceder al nuevo contrato a tiempo parcial, máxime cuando la media adoptada tenía el carácter de temporal, aunque ciertamente no se identificase el tiempo durante el que habría de producir efectos.

### **Novedades en la negociación colectiva**

Esta materia tiene un ámbito de análisis que excede de la realidad de los Juzgados de lo Social, pues los destinatarios de la reforma, son como ya expusimos, los sujetos titulares de la autonomía colectiva, sin perjuicio claro está, que la nueva regulación supone un cambio esencial a la hora de configurar los derechos y obligaciones de las partes, adquiriendo protagonismo el convenio colectivo de empresa. Esta última afirmación ha provocado multitud de reacciones a la hora de alertar sobre la posible pérdida de fuerza de los sindicatos en empresas pequeñas, al menos en el plano teórico y atendiendo al momento de la negociación, dejando de tener como referencia los convenios superiores que siempre actuaban como norma mínima respecto a los convenios de ámbito inferior, señalándose que se desplaza el poder de negociación del ámbito sectorial, estatal o autonómico, a la empresa, donde las representaciones colectivas son más débiles y en algunos casos, susceptibles de una mayor manipulación. Las consecuencias futuras más inmediatas que se apuntan desde distintos sectores, son la aparición de diferencias entre empresas de un mismo sector, que podrán competir a la baja por esta vía de la negociación, contando con la importante baza del descuelgue, con lo que el papel tradicionalmente asignado a los convenios de introducir modificaciones favorables al trabajador, se difumina en gran medida; la otra deriva de la realidad de que la mayoría de las empresas tiene menos de 50 trabajadores— el 99,23 % según la propia «Exposición de motivos» de la Ley— por lo que el papel de las centrales sindicales más representativas en la negociación colectiva ha sido fuertemente debilitado. La finalidad es según el propio texto, facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial; en otras palabras y por seguir el ejemplo comparativo antes apuntado, en ese difícil equilibrio de intereses el legislador da prioridad al artículo 39 sobre el 37 de la Constitución, subordinando de nuevo la tutela del derecho del trabajo a los intereses económicos.

Como puntos clave de la reforma en materia de negociación colectiva podemos citar los siguientes:

- Introduce el descuelgue o inaplicación de la práctica totalidad de los convenios colectivos, limitándose solo antes a los de ámbito superior a la empresa, sometiendo a las partes a falta de acuerdo, a un arbitraje final obligatorio o resolución impuesta por la Comisión Consultiva de Convenios, lo que es de dudosa constitucionalidad y además debilita el carácter vinculante de los convenios consagrado en el artículo 37

de la C. Por lo tanto, el mero riesgo para la empresa autoriza a inaplicar prácticamente la totalidad de materias normativas que forman parte de su contenido, permitiendo la concurrencia de las causas económicas, técnicas organizativas o de producción, dejar de aplicar materias de jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando exceden de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del E. T. y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, extremo este donde los logros de los convenios han supuesto beneficios tales como los complementos de las prestaciones de incapacidad temporal o determinadas indemnizaciones. Con la regulación anterior, mucho más rigurosa, se exigía que la aplicación convencional en materia salarial afectara a las posibilidades de mantenimiento de empleo en la empresa. El procedimiento es tan simple como la existencia de un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio, con un periodo de consultas en los términos del artículo 41 y la concurrencia de las causas expresadas, pudiendo finalizar con acuerdo, que debe de determinar con exactitud las nuevas condiciones y su duración que no puede exceder de la entrada en vigor de un nuevo convenio, suprimiéndose el tope de tres años y la posibilidad de recuperar las condiciones anteriores en caso de desaparecer las causas que la han originado, lo que constituía un límite interno o inmanente a la aplicación de esta especie de clausula *rebus sic stantibus*. En cualquier caso, parece oportuno mantener la posibilidad de impugnar el acuerdo en caso de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a los trabajadores individuales y a los representantes de los trabajadores que no mostraron su acuerdo. Caso de finalizar sin acuerdo, cabe someter la discrepancia a la Comisión Paritaria y en su caso, recurrir a los procedimientos previstos en los Acuerdos Interprofesionales estatales o autonómicos del artículo 83, incluidos los compromisos previos de someterse a un arbitraje vinculante, teniendo el laudo la misma eficacia vinculante que el acuerdo en periodo de consultas. A falta de los anteriores mecanismos, cualquiera de las partes puede someter la solución a la Comisión Consultiva nacional o autonómica, lo que constituye para muchos un verdadero atentado contra la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva de contenido constitucional, pues a instancia de una parte se insta la modificación de lo acordado en uso de esta autonomía colectiva sin la participación de la otra, existiendo diferentes pronunciamientos del T. C. contrarios a esta intervención de la autoridad laboral o arbitrajes obligatorios (sentencias 92/92 y 11/81). Se trasladan así los riesgos propios de la actividad mercantil al trabajador, eliminando la nota de ajenidad propia del contrato de trabajo, pues ese riesgo, como apuntamos, permite inaplicar la norma. Solo añadir que las causas se definen de forma similar al despido objetivo, salvo el matiz de limitar a dos trimestres consecutivos la disminución de ingresos o ventas.

- Establece la prioridad del convenio de empresa respecto al sectorial, estatal o autonómico o de ámbito inferior y la posibilidad de disponer en el ámbito de empresa de lo negociado en dichos ámbitos. Así lo establece el artículo 84.2 del E. T. en una serie de materias.
- Incluye dentro del contenido mínimo de los convenios, los procedimientos para solventar las discrepancias surgidas en los procesos de descuelgue.

- Posibilita o favorece la revisión de los convenios vigentes por los legitimados para negociar, fijando en el plazo de 2 años desde la denuncia del convenio para que este pierda su ultractividad, pasándose a aplicar, a falta de pacto, el de ámbito superior, suprimiendo la prórroga anual salvo pacto en contrario a falta de denuncia, obligando a las partes a constituir la comisión negociadora en el plazo de 1 mes desde la recepción de la comunicación. ❁